

# LA DIKELOGÍA DE WERNER GOLDSCHMIDT EN EL DERECHO PENAL

EDUARDO VÍCTOR LAPENTA \*

1. En el derecho penal resulta especialmente importante la consideración axiológica, especialmente la que corresponde al valor justicia.

El derecho penal es expresión del poder punitivo del estado y, las penas que impone a quiénes cometen delitos, son la máxima respuesta legítima del sistema jurídico. Solo se acude al derecho penal cuando no existe otro camino menos gravoso para resolver el conflicto. Por ello suscita, en mayor medida que otras ramas jurídicas, la problemática del conflicto de valores relevante, vital. Los procesos penales son *casos difíciles*, aunque no siempre se los reconozca como tal.

La cuestión penal tensa el derecho como ninguna otra. Las penas son males de que adjudican impotencia de máxima gravedad; que afectan severamente la vida del individuo, como sucede con la pena privativa de libertad. Pero en el desarrollo temporal, pueden limitar o potenciar su desenvolvimiento como persona.

Es la respuesta jurídica al mal que ha cometido el delincuente que, según el delito, produjo análoga afectación a la víctima y su familia.

2. La protección penal integral debería estar reservada a los bienes jurídicos y valores esenciales, asegurados por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a ella.

El enfoque del derecho penal mínimo que postulan Alessandro Baratta, Luigi Ferrajoli y Raúl Zaffaroni, entre muchos otros, intenta limitar el número y gravedad de los delitos. Luigi Ferrajoli propone excluir de la protección penal los ataques a bienes que no importen la lesión de personas de carne y hueso, y que afectan abstracciones como la personalidad del

---

\* Profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

estado, la administración pública, la actividad judicial, el orden público, la fe pública, etcétera. En nuestra opinión, falta debatir más claramente que rama del derecho tendría a su cargo esas conductas, seguramente ilícitas pero de menor gravedad.

El derecho penal es la respuesta legítima del poder punitivo del estado, encauzado mediante el derecho procesal penal. La dificultad de encauzar ese poder puede observarse en el problema suscitado en la base militar Guantánamo que Estados Unidos tiene en Cuba, adonde llevó cincuenta años que se reconozca a los allí detenidos que tienen derecho a la jurisdicción y están amparados por ella.

Por ello, enseña Miguel Ángel Ciuro Caldani, que el derecho penal es *protector* del delincuente, pero no en forma aislada, sino como persona *en sociedad*. La pena ampara al individuo común contra los demás, tratando de impedir que delinca contra él. Protege al delincuente contra la venganza de las víctimas y sus familias. Cuando el sistema penal no actúa y no aplica las penas previstas por el legislador en el Código Penal, suelen surgir sistemas parapenales.

La exigencia de legalidad y tipicidad propia del derecho penal, protege al individuo contra el régimen a través de la división de poderes.

3. El derecho penal es un campo fértil para el funcionamiento de la dimensión dielógica. Se construye pensando en las conductas que deben criminalizarse y en la magnitud de las penas que habrán de imponerse a los autores responsables.

En dirección a las consideraciones valorativas, distingue las categorías de delitos según los bienes jurídicos tutelados, la vida, la integridad personal, la libertad, etcétera. Establece las penas para cada delito tipificado, la variación entre el mínimo y el máximo, la consideración de atenuantes y agravantes, el estado de necesidad adonde es necesario comparar males jurídicos, la razonabilidad en la legítima defensa, las exenciones de pena por razones familiares, etcétera. Ninguna de estas cuestiones puede responderse sin una referencia a los valores.

Pero, en dirección contraria, se procura construir el derecho penal con la máxima seguridad para los imputados, las víctimas y los operadores jurídicos. De allí la importancia del principio de legalidad y la tipicidad, que limitan el poder punitivo del estado. El despliegue axiológico provoca

inseguridad jurídica.

En esta dualidad se desenvuelve el derecho penal, con un juez imposibilitado de soslayar el valor justicia, pero condicionado por una ciencia penal que rechaza su introducción explícita en los debates de las partes o en los fundamentos de la sentencia.

4. Las relaciones entre el crimen y la pena pertenecen a los temas más misteriosos de la ciencia jurídica, nos dice Ciufo Caldani. ¿Sobre qué balanza puede determinarse la equivalencia entre un hurto y una pena de prisión? La respuesta más antigua la suministra la ley del talión: ojo por ojo, diente por diente. Hay que matar al asesino. Así lograríamos una justicia simétrica entre ambos males.

Como no es posible aplicarla en la mayoría de los delitos, se acudió al sistema de las penas-espejo. Según éste, la pena debe manifestar en su aspecto exterior el crimen cometido: al calumniador se le corta la lengua, se castra al delincuente sexual, etcétera. Aún así no es posible abarcar gran parte de las conductas consideradas delictuales. La solución es acudir una ecuación relativa: al homicidio debe corresponder una pena más grave que al hurto, y así sucesivamente.

Una posición humanista lleva a pensar que el estado no puede responder imponiendo al autor, una pena de análoga intensidad al mal causado por el delito. La pena debe ser asimétrica en favor del delincuente.

Nuestro código penal tenía en su origen una estructura de esta índole, que en cierto modo refleja la magnitud del reproche social a los distintos males jurídicos tipificados, aunque –dialécticamente– incide sobre la sociedad para la valoración de los bienes pasibles de afectación.

Sin embargo esta ecuación se fue distorsionando con las reformas penales. Sea por la preeminencia de otros valores en la sociedad, por la frecuencia de los delitos, o por la dificultad de lograr el castigo penal, esa jerarquía se ha desdibujado a límites que impiden cualquier sistematización comprensible.

La legislación se desvincula del jurista, que es *quién reparte a sabiendas con justicia*. Werner Goldschmidt expresa en la obra que homenajeamos, “bajo el (influjo del) positivismo hemos olvidado por completo que la misión más noble del jurista consiste en (crear) la legislación”.

En el código penal actual, por ejemplo, si un puestero se apodera de

un cordero, sin violencia en las cosas ni las personas, le corresponden 4 a 10 años de prisión (abigeato, art. 163 ter, inc. 4º). Pero, si le corta dolosamente el brazo o la pierna a su patrón, la pena será menor, de 3 a 10 años de prisión (lesiones gravísimas, art. 91). Si el administrador del campo, merced al ardid o engaño se quedó con todos los animales del campo, la pena será de tan solo un mes a 6 años (defraudación, art. 172). De acuerdo al código procesal penal, el imputado de abigeato será el único que no podrá obtener la excarcelación durante el curso del proceso, en los casos ejemplificados.

Parece difícil sostener que esta ecuación refleje algún tipo de consenso social. La asimetría se torna de signo contrario al humanismo.

Además, casi invariablemente limitamos la persecución al delito inicial, pero aceptamos la cadena ulterior de comercialización, tal vez para no generar inseguridad en las transacciones comerciales, en aras de la economía y el mercado en la sociedad capitalista.

La resultante —dice Roberto Gargarella— es que, o bien estamos eligiendo castigar crímenes que son primordialmente cometidos por personas desfavorecidas, o que, dentro de esos crímenes señalados, el sistema penal se encuentra sistemáticamente sesgado contra los derechos e intereses de los desfavorecidos, porque son ellos los más directamente afectados por el aparato represivo del Estado.

5. Existen serios problemas para la justificación de la pena que se impone al delincuente, en tanto responde a un mal con la imposición de otro mal. Hay teorías retribucionistas y consecuencialistas. La adopción cada principio de justificación implica adoptar un sistema penal significativamente distinto.

El problema de la justificación de la pena está en estrecho contacto con el de su finalidad. Las teorías absolutas justifican la pena con la idea de afirmación del derecho, las teorías relativas ven la justificación en el mantenimiento de la sociedad.

La evolución durante el siglo XX, explica Roberto Gargarella, muestra la implementación de tres sistemas diferenciados: bienestar general, retribución y populismo penal.

El enfoque del *bienestar penal* puso especial atención en el agresor, en su carácter, y en la manera de reincorporarlo a la sociedad. Un derecho penal centrado en el delincuente.

La discrecionalidad judicial autorizada condujo a la discriminación de grupos desfavorecidos –los pobres– y, como contracara de la misma moneda, el beneficio de las clases medias y altas. Al aplicar principios utilitarios, los jueces tienden a ser flexibles con los miembros de las clases más acomodadas, quienes tendrían mayores posibilidades para “reintegrarse”, pero no con aquellas personas que provenían de un “contexto social degradado”, en muchos casos reincidentes y con pocas posibilidades de volver a formar parte de la sociedad

El *enfoque retributivo* se preocupó por el delito en sí mismo, y por la necesidad de adecuar el castigo a la gravedad del crimen. Un derecho penal más centrado en el delito y en el principio de proporcionalidad.

La idea básica es que todos los individuos que cometieran el mismo crimen merecían el mismo castigo. Los jueces no debían tener ninguna discrecionalidad al decidir. El renacer de este esquema retributivo vino de la mano de una revitalización del *principio de proporcionalidad*, y de sugerencias para establecer *directrices* para las decisiones. Inicialmente tuvo un sentido igualitario, pero concluyó favoreciendo aún más la discriminación de sectores excluidos. Las directrices vedaron a los jueces favorecer al imputado, por ejemplo, en el otorgamiento de la libertad, a partir de criterios como la educación, el trabajo o estatus familiar. Los esquemas de castigo que se apoyan en la proporcionalidad necesariamente soslayan o fraccionan las diferencias materiales de las condiciones de vida, incluyendo la pobreza, las desventajas sociales, los prejuicios, en los cuales se configura la personalidad humana.

Finalmente, el *enfoque populista penal* se preocupa especialmente de los reclamos de las víctimas, a quienes el derecho penal había prestado poca atención.

Propone que el Estado se vuelva más severo contra el crimen, privilegiando la opinión pública por sobre las visiones de los expertos en el derecho penal. El populismo penal ha llevado al crecimiento exponencial del número de personas en prisión, a la imposición de penas más graves, y a mayores dificultades para reducir sus condenas judiciales o recibir beneficios por buen comportamiento. Todo lo que se haga para los agresores –por ejemplo, en términos de tratamiento humanitario– tiende a presentarse como ofensivo para las víctimas.

Ninguno de los tres enfoques es acorde con el pensamiento trialista.

Werner Goldschmidt propone, como principio supremo de justicia, la

exigencia de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para que se desarrolle plenamente, para que se personalice.

Si solo se concibe la pena como resocialización, existe el riesgo de sacrificar al individuo frente a la sociedad. Hay que tomar al hombre como fin, y no como medio, y esto se relaciona con los peligros de utilizar la pena como instrumento para la prevención general.

La pena debe ser comprendida como una liberación del reo respecto del delito, a fin de que pueda *repersonalizarse*. La pena debe ser en cada instante, un medio para la libertad.

6. Existe cierta coincidencia acerca de cuáles son los problemas que atraviesa el derecho penal, pero hay distintas visiones sobre las causas y soluciones, según provengan de los operadores judiciales, de la academia o de la sociedad.

Entre los problemas se señala el incremento en la cantidad y gravedad de los delitos. También la escasa eficacia investigativa, y reducido porcentaje de condenas en relación a los delitos denunciados.

Hay tantas formas delictuales que no es posible generalizar modos de actuación para prevenirlas, aunque la sensación de inseguridad –y la intensidad de los reclamos sociales– obedece a delitos con violencia en las cosas o las personas, generalmente con contenido patrimonial.

Respecto a la investigación penal, existen problemas con la composición y capacitación de los recursos humanos que deben cumplir la función investigativa. Por ejemplo, ni ser abogado es un obstáculo para la investigación penal, como parece creer la policía, ni es el único capacitado para hacerlo, como parece pensar el poder judicial.

Pero, probablemente, la principal dificultad es la falta de colaboración social, que es el principal insumo para un proceso penal exitoso. Si consideramos importante la imposición de penas a los delincuentes, el resto de las personas deberían ser “cómplices” de la investigación penal.

Las dificultades a veces obedecen a la falta de consideración policial y judicial para con el testigo o la víctima. Es crucial el acercamiento con los jóvenes, que muchas veces visualizan a la policía como su enemigo. Otras, a la ausencia de reproche social para el delito investigado.

7. Durante el proceso penal existen decisiones relevantes en torno a la valoración de justicia. El imputado queda en libertad o privado de ella por prisión preventiva, en una etapa procesal adonde el juez no puede invocar su inocencia o culpabilidad. Esa detención es una pena anticipada, cualquiera sea la denominación que usemos.

Por ese motivo la decisión cautelar que disponga la libertad o detención debe ser tomada en un juicio cautelar, con consideración del valor justicia.

No puede extrañar la incomprensión de la víctima si el imputado permanece en libertad o la recupera en el transcurso del proceso, por una decisión adoptada sin debate. Tampoco la del imputado que permanezca detenido pese a la presunción de inocencia.

Es imprescindible implementar el juicio cautelar, adonde el fiscal exprese su pretensión de que el imputado quede sometido a prisión preventiva, y se resuelva por un juez, previo debate de las partes. Así se lo ha contemplado en los arts. 223 y ss., del nuevo Código de Procedimientos Penal de Santa Fe.

Lo mismo ocurre con la denominada morigeración de la prisión preventiva que permite al imputado gozar de la prisión domiciliaria, concurrir a su trabajo, etcétera, a veces con sistemas de seguridad adicional como vigilancia policial, presentaciones periódicas o pulseras electrónicas. No debería autorizarse sin previo debate, con participación de la víctima. El tiempo que permanezca bajo ese sistema lo computa el imputado como cumplimiento de la pena privativa de libertad que se le imponga. Por la duración de los procesos penales en las diversas instancias, aun resultando condenado, nunca cumplirá una pena de prisión efectiva, como hubiera ocurrido si estuviera excarcelado. Bajo la apariencia cautelar, el reparto real es una *sustitución de la pena* establecida para el delito.

El proceso se ha dividido, en aras de una mayor imparcialidad, en diversos órganos: juez de garantía, juez de sentencia y juez de ejecución. Cada juez tiene más imputados por menos tiempo. La imparcialidad no asegura la justicia de la decisión que se adopte, sino que es un instrumento predispuesto para ese fin. Pero la intervención del juez por lapsos temporales cada vez más breves, reduce la posibilidad que este tiene de desfraccionar, de hacer y conocer más. De allí que pueda existir tensión entre esta forma de asegurar la imparcialidad, y los requerimientos temporales para la consideración *dikelógica*.

8. Nos interesa, finalmente, considerar la pena privativa de libertad en su despliegue axiológico.

Para el integrativismo trialista es necesario verificar lo que sucede en la realidad social que, no es la mera privación de libertad en las condiciones que establece el artículo 18 de la Constitución Nacional, sino algo distinto, en gran medida con *efectos destructivos* sobre la personalidad del reo, porque *despersonaliza* en lugar de *repersonalizar*.

No sucede lo mismo en otros países del mundo. Las modelos argentinas detenidas en España durante el proceso por tenencia de drogas, por ejemplo, no sufrieron estas consecuencias.

En tres documentos recientes puede comprenderse la realidad de lugares de detención –cárceles y comisarías– en Argentina: la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de las penitenciarias de Mendoza (2004); el pronunciamiento de la CSJN (2005) en la causa Verbitsky Horacio s/ Hábeas Corpus por detención en comisarías; y el Informe “Ojos que no ven. El sistema de crueldad” de la Comisión Provincial de la Memoria –Comité contra la Tortura– de la Provincia de Buenos Aires. (2005/6).

La sentencia de la Corte Interamericana expresa que la penitenciaría de Mendoza ostenta el record de 16 reclusos muertos en un año, el último de ellos eviscerado y descuartizado, con una muestra de violencia inusitada; reclusos en condiciones infrahumanas, tales como falta de agua, de baños, encierros prolongados en celdas reducidas en las que los internos conviven con sus propios excrementos, hacinamiento, focos infecciosos producidos por ratas y sarna, etcétera otros. Los otros dos documentos son análogos en la gravedad de las circunstancias que los motivan.

Es extraño. Muchas víctimas, pese a su dolor, no avalarían la detención en esas condiciones de su victimario.

La detención implica el sometimiento del preso a las autoridades carcelarias y también a otros reclusos, la afectación de su dignidad, tal vez de su integridad física y libertad sexual. Recibe sometimiento y humillación, y en esta “ley del gallinero” está propenso a replicar esa conducta en otro más débil que él. ¿Cómo aprender el respeto, cuando no lo recibe ni lo transmite en la convivencia carcelaria?

La persona privada de libertad se convierte en un sujeto profundamente débil. Está sometido a todo tipo de riesgos, muchos de ellos provenientes de la autoridad, sola o en connivencia con otros reos que tal vez



pudieran estar más allá de toda amenaza legal.

La sentencia o prisión preventiva se dictó mediante el debido proceso, con todas las garantías. Pero las penalidades cotidianas del privado de libertad carecen de tales garantías. Así la asignación del pabellón, o de los compañeros de celda, pueden significar una afectación más grave que la propia sentencia, tal vez la decisión sobre la vida o la muerte. Esto confiere un inmenso poder.

Pero, paradójicamente, adonde más imperiosa es la división, para que el poder controle y limite al poder, el diseño institucional permite la acumulación más alta que registra nuestro sistema jurídico. El sistema disciplinado de las fuerzas armadas, en el interior del penal, tomando las decisiones vitales para el privado de libertad, es inaceptable.

La pena debe tener un sentido personalizante, hay que infundirle a la persona y a su familia la esperanza, aún lejana, de una vida mejor rehabilitada. Pero la amenaza de privación de libertad en la cárcel, tiene hoy, el sentido del abismo, del fin de la existencia en términos de personalización.

El reparto real, la verdadera magnitud de la pena privativa de libertad, son las *condiciones carcelarias*, y no la cantidad de años que dice la sentencia.

El problema de la privación de libertad en estas circunstancias constituye un condicionante no siempre bien mensurado, porque impone opciones y límites en la conducta de los demás protagonistas y operadores.

Cuanto más gravoso sea el reparto que se obliga al juez a imponer, por las condiciones carcelarias, más fácil será que encuentre excusas para absolverlo o liberarlo. En muchos casos, hay que ser casi inhumano para firmar una sentencia condenatoria de cumplimiento efectivo.

El encarcelamiento en lugar distante hace desaparecer el derecho de defensa. En la cárcel bonaerense quién es trasladado pierde todo, y lo pasean por varias unidades carcelarias antes de llegar al Juzgado, con muy alta probabilidad de ser golpeado o violado. Debe optar entre ser víctima o ejercer su derecho de defensa. ¿Qué sistema carcelario no puede siquiera preservar la seguridad del recluso? Entonces, el detenido prefiere no entrevistarse con su defensor oficial, aún a costa de perder sus chances de defensa.

El sistema no cuida a la familia del reo, aunque no es difícil comprender que de ella depende que caiga en reincidencia. Si deja de visitarlo se cierra el único camino posible para su incorporación a la sociedad. Contrariamente, la familia sufre vejaciones para visitar al recluso

en el sistema penitenciario. Podríamos pensar en asistencia social, en traslados por unidad familiar, en pasajes y viáticos, cuyo costo siempre será menor que los efectos del delito.

Frente a la certeza de que irá a la cárcel, el delincuente se considera “jugado”. El delincuente no es positivista, sino que ve y comprende la realidad que le toca vivir, aunque la Constitución formal diga algo distinto. Posiblemente prefiera enfrentar a la policía para tratar de escapar. Y, la policía responde anticipándose a una eventual resistencia. Es un círculo de violencia incontenible.

9. Werner Goldschmidt nos dejó un legado significativo con la obra que motiva este homenaje, “La Ciencia de la Justicia (Dikelogía)”.

Conforme a sus enseñanzas, no debemos temer a la incorporación plena de la dimensión dikelógica en las distintas manifestaciones del derecho, sea legislativa, administrativa o judicial.

En especial, en la función judicial, incorporándola al debate de las partes y la exteriorización en los considerandos de toda decisión judicial significativa para la personalización del imputado o de la víctima.

La inseguridad que nos genere en el devenir cotidiano, se vera compensada con creces por una mayor comprensión y legitimación del accionar jurisdiccional.